

RESPOSTA À RECLAMAÇÃO DO PARECER N.º 146/CITE/2012

Assunto: Resposta à Reclamação do Parecer n.º 146/CITE/2012: Parecer prévio à recusa do pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível, nos termos do n.º 5 do artigo 57.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro
Processo n.º 702 – FH/2012

I

- 1.1. Em 12.09.2012, a CITE recebeu da empresa ... SUPERMERCADOS – Sociedade Unipessoal, Lda., reclamação do Parecer n.º 146/CITE/2012, que deliberou desfavoravelmente à recusa do pedido de autorização de trabalho em regime de horário flexível, nos termos do n.º 5 do artigo 57.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, da trabalhadora com responsabilidades familiares, ...
- 1.2. O parecer n.º 146/CITE/2012 foi APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 13 DE AGOSTO DE 2012, COM APRESENTAÇÃO DE DECLARAÇÃO DO REPRESENTANTE DA CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL (CIP), CONFORME SE TRANSCREVE:

“Na sequência da apreciação do Processo n.º 702 – FH/2012 da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, a CIP – CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL votou favoravelmente o referido processo por se ter verificado o deferimento tácito do mesmo.”

... *Analizados os elementos do processo verifica-se o seguinte:*

- *O fundamento da intenção de recusar o pedido de horário flexível, com data de 29.05.2012, pela entidade empregadora à trabalhadora, foi por esta rececionado em 11.06.2012;*
- *O prazo para envio do pedido de parecer prévio à CITE terminaria no dia 25.06.2012, de acordo com o previsto na alínea c) do n.º 8 do artigo 57.º do Código do Trabalho;*
- *O expediente relativo ao pedido de parecer prévio foi remetido pela entidade empregadora em 26.07.2012, rececionado pela CITE em 27.07.2012, cerca de um mês depois do fim do prazo legalmente estabelecido.*

III – CONCLUSÃO

3.1. *Em face do exposto, a CITE delibera:*

3.1.1. *Opor-se à recusa da prestação de trabalho em regime de horário flexível porquanto, nos termos do previsto na alínea c) do n.º 8 do artigo 57.º do Código do Trabalho, o pedido da trabalhadora para trabalhar em regime de horário flexível foi aceite nos seus precisos termos.*

3.1.2. *Recomendar ao empregador ... Supermercados, Sociedade Unipessoal, Lda., que elabore o horário flexível tal como requerido pela trabalhadora e que promova condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar, nos termos do n.º 3 do artigo 127.º, bem como que elabore horários que facilitem essa conciliação, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 212.º, ambos do Código do Trabalho. ...*



- 2.1.** Conforme decorre, atualmente, do artigo 20.º da Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5.07.2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional (reformulação), os Estados-Membros designam um ou mais órgãos para a promoção, a análise, o acompanhamento e o apoio da igualdade de tratamento entre todas as pessoas, sem qualquer discriminação em razão do sexo.
- 2.2.** A CITE é, desde 1979, a entidade que tem por missão prosseguir a igualdade e a não discriminação entre homens e mulheres no trabalho, no emprego e na formação profissional e colaborar na aplicação de disposições legais e convencionais nesta matéria, bem como as relativas à proteção da parentalidade e à conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, no setor privado, no setor público e no setor cooperativo.
Tem uma composição tripartida e equilátera, constituída por representantes do governo, representantes das associações sindicais e representantes das associações patronais, de acordo com o previsto no Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março.
- 2.3.** Uma das suas competências é a emissão de pareceres prévios no caso de intenção de recusa, pela entidade empregadora, de autorização de trabalho em regime de horário flexível, quando requerido por trabalhadores com filhos menores de 12 anos, de acordo com o n.º 6 do artigo 57.º do Código do Trabalho, em conjugação com o disposto na alínea c) do artigo 3.º do referido Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março.
- 2.4.** No caso de emissão de parecer desfavorável à recusa, o n.º 7 do aludido artigo 57.º do Código do Trabalho prevê expressamente a possibilidade do reconhecimento judicial da existência de motivos justificativos.



- 2.5.** Se o processo relativo à intenção de recusa do pedido de horário flexível não for remetido à CITE pelo empregador, para feitos de emissão de parecer prévio, no prazo previsto na alínea c) do n.º 8 do mencionado artigo 57.º, tal pedido deve ser considerado aceite nos precisos termos em que é formulado.
- 2.6.** Ao abrigo do disposto nos artigos 159.º e 160.º do Código do Procedimento Administrativo, tem sido aceite pela CITE, a reclamação das suas deliberações nos termos previstos nos artigos 161.º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo, permitindo aos interessados que se considerem lesados pela decisão tomada, a reanálise da mesma, com fundamento em eventual ilegalidade ou inconveniência do ato administrativo em causa.

III

- 3.1.** No âmbito do presente processo a entidade empregadora ... SUPERMERCADOS, notificada do Parecer n.º 146/CITE/2012, no dia 22 de agosto de 2012, vem, no dia 12 de setembro do mesmo ano, dirigir-se à CITE com os seguintes argumentos:
- ... 1. *A ... reitera e dá aqui por reproduzidos todos os elementos, motivos, entendimentos e justificações que oportunamente levou junto de V. Exas. a respeito deste assunto e que, em jeito de síntese e conclusão, concluem pela não subsunção da pretensão da Trabalhadora que aqui se discute ao regime de proteção da parentalidade previsto nos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho.*
2. *Ora, com o devido respeito, o Parecer de V. Exas. não aborda sequer este entendimento, não o analisando ou contestando, limitando-se a concluir cegamente que o regime de flexibilidade dos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho é aqui aplicável e que não tendo sido pedido o parecer ao CITE (que supostamente era devido), se deve entender que existe uma aceitação tácita, aplicando a cominação excepcional aí prevista.*
3. *Assim seria, se estivéssemos em sede do regime estabelecido nos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho, mas não estamos.*



4. *Sequer existe similitude entre o direito de proteção na parentalidade (e o respetivo procedimento), que constam dos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho, e as pretensões da Senhora D. ...*

5. *Mas mesmo que pudéssemos estabelecer alguma similitude, o que não se aceita nem se concede, jamais se poderia aplicar a um eventual outro direito esta norma excecional constante do al. e) do n.º 8 do artigo 57.º do Código do Trabalho, precisamente e até por ser excecional. De outro modo, a CITE estaria a dar um Parecer em violação do disposto no artigo 11.º do Código Civil.*

6. *E, portanto, veio a CITE assumir que ouve uma recusa, não fundada num parecer prévio da CITE tempestivamente pedido e, conseqüentemente, houve um deferimento tácito do pedido da trabalhadora de reformatar o seu período de trabalho semanal (algo bem diferente do direito de flexibilidade de horário que lhe é conferido no artigo 56.º do Código do Trabalho).*

7. *É evidente que esta sequência de conclusões não pode ter aplicação ao caso concreto!*

8. *Com o devido respeito, a forma como deve operar o deferimento tácito previsto no artigo 57.º, n.º 3 do Código do Trabalho, que aqui nem é aplicável, não é de todo o cerne da questão:*

9. *O Parecer emitido peca por reproduzir um normativo jurídico sem o analisar, sem dele retirar os efeitos que o legislador efetivamente teve em mente, sem articular as diversas normas que aqui devem ser ponderadas, o que acaba por levar – errada e perigosamente – a uma conclusão de deferimento tácito.*

10. *A interpretação meramente literal que a CITE faz dos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho, limitando-se a transcrever um texto que por si só não é inequívoco, não serve o caso concreto, conduzindo a conclusões deturpadas como a que resulta do Parecer a que agora se responde.*

Vejamos:

11. *Na sequência de pedido feito pela Trabalhadora, e atendendo aos motivos aduzidos e aos documentos entregues pela mesma, a ... organizou os seus meios e acedeu a que esta Trabalhadora passasse a laborar em regime de flexibilidade de horário, nos termos e para os efeitos do artigo 56.º do Código do Trabalho.*



12. *O regime de flexibilidade mantém-se desde fevereiro de 2012, com o devido reflexo no horário de trabalho diário que é cumprido pela Trabalhadora.*

13. *No dia 29 de maio de 2012, a Trabalhadora pediu que lhe fosse excluída “a prática laboral aos Sábados, Domingos e Feriados”.*

14. *Mesmo não havendo prazos ou procedimentos estabelecidos, em rigor não havendo obrigação de resposta já que nem sequer se trata de matéria não regulada, a ... explicou à Trabalhadora a diferença jurídico-material entre um pedido de flexibilidade do horário diário e um pedido de alteração da escala de trabalho semanal, explicação que aqui se reitera e se dá por reproduzida.*

15. *A ... não indeferiu qualquer pedido de flexibilidade de horário. Esse, ao invés, havia-o já concedido. Com o devido respeito, desde logo se diga que não existiu qualquer indeferimento que justifique ou imponha o recurso ao procedimento estabelecido no artigo 57.º do Código do Trabalho. O que a ... não aceitou foi a pretensão da Trabalhadora de redefinição do seu regime de prestação do trabalho semanal.*

16. *Conforme a ... teve já oportunidade de anotar em outras situações, a pretensão da Trabalhadora não se enquadra no âmbito do artigo 57.º do Código do Trabalho: a Trabalhadora usufrui já de um horário flexível, situação que não pode confundir-se com a pretensão da Trabalhadora de conseguir a redução dos dias de trabalho em cada semana.*

17. *Desde logo, tal como a CITE anota, deve atentar-se no conceito legal de “horário flexível” que consta do n.º 2 artigo 56.º do Código do Trabalho: “Entende-se por horário flexível aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário”.*

18. *E, assim sendo, fácil é de concluir que a Trabalhadora escolheu, requereu e está ao abrigo de um “horário flexível”: a Trabalhadora escolheu as horas de início e termo do seu período normal de trabalho e o seu pedido foi atendido pela ..., nos precisos termos em que a lei o estabelece.*

19. *Aliás, as regras detalhadas sobre a definição do “horário flexível” que constam no n.º 3 da mesma disposição legal são claras no uso de expressões como “períodos de presença obrigatória (...) no período diário” ou o “início e termo do*



trabalho normal diário” ou ainda o “período normal de descanso” durante a jornada...

20. O que já não pode ser aceite pela ... é que a Trabalhadora pretenda que, sob a capa do direito a poder usufruir de um horário flexível diário – e que foi precisamente a teleologia da previsão legal – permita afetar e condicionar os dias de trabalho semanal.

21. O horário a estabelecer dentro do período normal de trabalho diário que é o conceito que está em causa neste artigo 56.º do Código do Trabalho – não pode ser confundido com o período normal de trabalho semanal. Ao longo de diversos normativos legais, o legislador refere-se a trabalho diário e a trabalho semanal e não os confunde... Aliás, dúvidas restassem e a destrinça é claramente identificada no artigo 198.º do Código do Trabalho.

22. E mesmo o conceito de “horário de trabalho” é estabelecido na lei por referência à jornada diária e não ao trabalho semanal (cfr. n.º 1 do artigo 20.º do Código do Trabalho).

23. Mas acima de tudo, para além da análise da necessária generalidade e abstração dos conceitos legais, parece-nos essencial verificar as regras específicas que regulam a relação laboral entre a ... e a Trabalhadora consagradas no CCT e que a Trabalhadora bem conhece.

24. A contratação coletiva prevê expressamente a prestação de trabalho “em todos os sete dias da semana” (cfr. al. c) da Cláusula 10.ª do CCT aplicável última versão publicada no BTE n.º 22 de 15 de junho de 2008).

25. Naturalmente que a prestação de trabalho aos domingos e aos feriados é devidamente compensada, designadamente de um ponto de vista remuneratório, precisamente por se reconhecer que se trata de “dias incómodos” que afetam a vida pessoal e familiar!

26. Mas a verdade é que o trabalho neste regime – porque a própria atividade e a própria relação laboral pressupõem a disponibilidade de prestação de trabalho nos sete dias da semana – não é optativo, é uma característica da relação laboral, um elemento e condição desta prestação.



27. *A Trabalhadora não pode pretender, unilateralmente – sem cobertura legal mas apenas porque lhe seria pessoalmente mais conveniente – tentar modificar as condições da sua prestação de trabalho e, sobretudo, sabendo que tal prejudica de forma terminante o funcionamento do estabelecimento a que está afeta.*

28. *Esclareça-se em todo o caso que o que aqui está em causa não é uma qualquer recusa, sequer uma recusa parcial, da parte da ... a um pedido de uma sua Trabalhadora. Não houve qualquer recusa pois – como deixou referido – o direito de o trabalhador ficar ao abrigo de um horário flexível não tem a abrangência que a Trabalhadora lhe pretende dar: o regime que consta dos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho, não foi concebido para permitir uma definição dos dias de laboração e/ou dos dias de descanso semanal, mas antes e como se disse, para permitir a escolha de um horário de entrada e saída no período de trabalho diário.*

29. *Naturalmente, um horário de entrada e saída que, por maioria de razão e como horário diário que é, deve ser cumprido nos dias de trabalho.*

30. *O pedido formulado pela Trabalhadora para ficar isenta de trabalhar aos fins-de-semana e feriados é um pedido paralelo, que poderia ser livremente aceite ou recusado pela ..., mas que não resulta de qualquer direito ou faculdade que a lei reconheça à Trabalhadora, seja ao abrigo de que regime for, estando sempre no âmbito da liberdade das partes: a Trabalhadora pediu uma revisão das condições de prestação do seu trabalho no que respeita aos dias de trabalho, em termos que seriam mais ajustados à sua vida pessoal, mas em condições que não são aceitáveis para a ... e que nem se coadunam com o funcionamento da atividade desta última.*

31. *Se a Trabalhadora pedisse para trabalhar em determinado horário, mas apenas em meses ímpares ou em semanas alternadas, porque lhe era mais conveniente, a ... deveria entender que se tratava de um pedido de flexibilidade de horário? Deveria apreciar este pedido e, por muito despropositado que o mesmo se afigurasse, deveria sujeitá-lo ao parecer da Comissão, ao abrigo do regime de flexibilidade?*

32. *Entendemos que não, não faria sentido...*

33. *Compreendemos a chamada de atenção da CITE quando recorda que o legislador pretendeu “assegurar o exercício do direito à conciliação da atividade profissional com a vida familiar, consignado na alínea b) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa (CRP)”*,

34. *Mas essa conciliação não pode ser ilimitada, não pode ser vista como um direito de tal forma abrangente que ponha em causa o funcionamento das entidades empregadoras...*

35. *Mas ainda que se entendesse que existia uma recusa que residia no facto de não terem sido plenamente satisfeitos todos os pedidos da Trabalhadora (porque tal só se verificou na parte em que se trata de meros pedidos, sem qualquer cobertura legal), importa que fique claramente esclarecido que os dias de trabalho das Operadoras da ... são necessariamente os dias de abertura e funcionamento das Lojas, ou seja e considerando a Loja concreta a que esta Trabalhadora está afeta, todos os dias da semana, incluindo Sábados, Domingos e Feriados.*

36. *E, claro está, não é possível à ... garantir o funcionamento das lojas se os trabalhadores não prestarem serviço aos dias em que as mesmas estão abertas (obviamente ressalvados os dias de descanso, as férias e outras ausências que, por direito, lhes assistem, são plenamente reconhecidas e gozadas)...*

37. *O artigo 56.º do Código do Trabalho e, em geral, o regime da flexibilidade de horário, não confere à Trabalhadora o direito ou a faculdade de optar da pelos dias da semana em que trabalha.*

38. *Assim o permitisse e seria um ónus inaceitável para o empregador.*

39. *Aliás, a ... gostaria de aqui anotar que aquando da seleção dos candidatos para ocuparem lugares emprego nunca fez, não faz, e em rigor nem poderia fazer, qualquer distinção que, direta ou indiretamente, esteja relacionada com a respetiva situação familiar e/ou responsabilidades que possam ter, nem avalia a medida em que, eventualmente, tal situação e tais responsabilidades podem afetar o desempenho dos candidatos / trabalhadores!*

40. *A ... contrata indiscriminadamente, mas não deixa de apresentar as condições em que esse trabalho deve ser prestado, designadamente para fazer face aos dias de funcionamento das lojas.*



41. Ora, ainda que a ..., como fez já no caso em apreço, tente satisfazer os interesses dos seus trabalhadores e, na medida do possível, assegurar o melhor compromisso de conciliação entre a vida profissional e a vida familiar e pessoal, a verdade é que não pode fazer concessões que afetem de forma terminante – senão mesmo prejudiquem – o funcionamento das suas lojas.

42. Por outro lado, os quadros de pessoal estão definidos por forma a garantir o funcionamento das lojas em todos os dias da semana, baseado num regime de rotatividade dos trabalhadores e ainda no pressuposto de assiduidade dos trabalhadores, com a ressalva (inevitável) das ausências de trabalhadores, quer as ausências programadas, quer as ausências inesperadas.

43. Compreenderão V. Exas. que não é nada fácil à ... abrir a exceção que a Trabalhadora pretende que lhe seja aplicável, limitando-se assim a ... a cumprir aquelas que são obrigações legais, como já fez no caso concreto, concedendo o direito a um horário flexível. Aliás, a ... está até em crer que a pretensão da Trabalhadora levaria a uma situação de manifesta violação do Princípio de Igualdade entre os Trabalhadores.

44. Uma parte muitíssimo significativa do número de trabalhadores da ... tem obrigações familiares e é manifesto que a ... não tem condições para conceder este “benefício” sob pena de ter de fechar a generalidade das suas lojas aos Sábados, Domingos e Feriados, o que, sem mais delongas, seria desastroso para todos.

45. A ... está certa de que a CITE, apesar do Parecer emitido, irá reponderar as conclusões que – certamente por lapso de análise – não incidem sobre o cerne da questão suscitada, apenas concluindo pela violação de um prazo legal que a ser aplicável, o que aqui não se verifica – traria consequências como as que a CITE adianta e sugere.

46. Certamente que, numa análise jurídica mais focada, esta Comissão reconhecerá a total ausência de base legal e/ou contratual para o pedido da Trabalhadora e a impossibilidade prática de satisfazer o pedido da Trabalhadora, sob pena de o funcionamento das lojas da ... ficar profundamente prejudicado.

Nestes termos, requer-se à CITE a reponderação deste assunto e a reformulação do sentido da Opinião e Recomendação tecidas, dando sem efeito o sentido e conclusões do Parecer n.º 146/CITE/2012. ...

- 3.2.** Com a presente reclamação pretende a entidade empregadora que a CITE delibere no sentido de reformular o teor do Parecer 146/CITE/2012, em resumo, por não ter procedido, em concreto, à análise do pedido de flexibilidade de horário formulado pela trabalhadora (que a própria reclamante classifica como tal no ponto 4 do requerimento inicial dirigido a esta Comissão) e ao entendimento constante da exposição de motivos ao tempo apresentada.

IV

- 4.1.** Na sequência do exposto, analisando todo o processo, convirá referir que não foi analisado, em concreto, o pedido da trabalhadora, por se tratar de aplicação de figura jurídica resultante do mero decurso do tempo, pois que a própria lei, no n.º 8 do artigo 57.º do CT, estabelece expressamente que *... a não submissão do processo à apreciação da entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres dentro do prazo ... implica ... que o empregador aceita o pedido do trabalhador nos seus precisos termos ...* Posição que tem sido tomada pela CITE à semelhança da Doutrina e Jurisprudência dominantes, em casos análogos. Este entendimento tem por base o facto de as entidades empregadoras, face à legislação aplicável diretamente, terem a faculdade de presumir que se não se pronunciarem dentro prazo legal, correm o risco, previsível, de verem aceites os pedidos formulados pelas trabalhadoras, tal como a lei expressamente determina.
- 4.2.** Convirá acrescentar que esta norma pretende evitar, precisamente, a eternização na prática, de pedidos de flexibilidade sem que sejam deferidos pela entidades empregadoras, como forma de facilitar a conciliação entre a vida profissional e familiar dos e das trabalhadoras com responsabilidades familiares.

- 4.3. Também, nos termos da legislação aplicável e da Diretiva Diretiva 2010/18/EU do Conselho, de 8 de março de 2010, que aplica o Acordo-Quadro revisto sobre licença parental, o direito à flexibilidade de horário de trabalho por parte das trabalhadoras e trabalhadores com responsabilidades familiares, é um **direito especial** pelo que deve ser aplicado pelas entidades empregadoras, fixando os horários de trabalho em conformidade aos trabalhadores que solicitem tais horários, e, só, **excecionalmente**, é que as entidades empregadoras podem recusar (indeferir) tais pedidos, se os horários puserem em causa o funcionamento da empresa ou na impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável, tal como também prevê expressamente o n.º 2 do artigo 57.º do CT.
- 4.4. Com efeito, esta Diretiva, que revogou a Diretiva 96/34/CE, com efeitos a partir de 8 de março de 2012, retomou a necessidade de *“tomar medidas mais eficazes para encorajar uma partilha mais igual das responsabilidades familiares entre homens e mulheres”* (Considerando 12), e de garantir que *“o acesso a disposições flexíveis de trabalho facilita aos progenitores a conjugação das responsabilidades profissionais e parentais e a sua reintegração no mercado de trabalho, especialmente quando regressam do período de licença parental.”* (Considerando 21).
- 4.5. Nestas circunstâncias e uma vez que a reclamação apresentada não vem alegar quaisquer factos novos, e, tendo os membros da CITE, ao tempo da emissão do parecer, ponderado toda a argumentação aduzida, é de considerar que não existem razões para proceder à alteração do sentido do Parecer n.º 146/CITE/2012:

III – DECISÃO



3.1. Face ao exposto, a CITE mantém o Parecer n.º 146/CITE/2012, aprovado por unanimidade dos membros presentes na reunião da CITE, de 13.08.2012, por falta de fundamento que determine a sua alteração.

**APROVADA POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA
CITE DE 15 DE OUTUBRO DE 2012**